

EL ADMINISTRADOR DE HECHO (SAS) FRENTE AL DIRECTOR OCULTO^{♦1}

María Mónica Pino Solano²,
 Víctor Manuel Armero Osorio³ y
 Camilo Cubillos Garzón⁴

INTRODUCCIÓN	1
I. PRECISIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD	2
A. Elementos, responsabilidad contractual y extracontractual	4
B. El administrador de la SAS	9
II. EL PRODUCTO DE LA GESTIÓN –LA RESPONSABILIDAD–	11
A. El administrador de hecho	11
B. El administrador a la sombra	19
CONCLUSIONES	24
BIBLIOGRAFÍA	26

INTRODUCCIÓN

Compartir cuál resultaría ser la trascendencia de un programa implicaría alcanzar el entendimiento de los que deben considerarse sus pilares; no obstante, aquel raciocinio o

[♦] Este artículo fue presentado a la revista el día 10 de abril de 2010 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2010, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Este artículo hace parte del proyecto de investigación *Aplicabilidad de la ley de Sociedades por Acciones Simplificadas en la órbita empresarial*, de la Línea de Investigación de La Empresa. Grupo de Investigación en Derecho Comercial Colombiano y Comparado. Departamento de Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia.

² Estudiante de quinto año de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Monitora del Departamento de Derecho Comercial de la misma universidad.

³ Estudiante de quinto año de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Monitora del Departamento de Derecho Comercial de la misma universidad.

⁴ Profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Especialista en Derecho de los Negocios de la misma Universidad, Máster en Derecho de la Empresa MADE (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Doctorando en Derecho con especialidad en Derecho Patrimonial (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona).

agudeza en su interpretación hace parte de toda una infraestructura acordada por los partícipes dentro del concerniente mercado, todo ello en aras de lograr su comprensión.

En este orden de ideas, y para la interpretación de la ley que instituyó la sociedad por acciones simplificada (SAS), se recurrirá a los cimientos que se consideran sirvieron de origen para organizar los asuntos jurídicos faltantes en el andamiaje jurídico societario de nuestro sistema continental.

Así las cosas, vislumbraremos lo que se considera el soporte de aquel tipo societario o lo que es lo mismo el sistema jurídico empleado en su aplicación, para luego sí poder adentrarnos en el mundo de una disquisición jurídico-privatista, concerniente a la responsabilidad de quienes actuaron como los administradores de la sociedad.

Con el tesón en el discernimiento, en razón de la aplicabilidad del origen de las obligaciones, nos propondremos traer a colación el empleo de la responsabilidad dentro de un encuadramiento ambiguo, por el hecho de comprender al interior de la personalidad jurídica de la SAS un tipo de actuación catalogada como fáctica, así como las actuaciones *ocultas* o a *la sombra*, siendo aquellas últimas, si no desconocidas por muchos sí carentes de sistematización en nuestro ordenamiento jurídico continental.

I. PRECISIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD

Para iniciar este escrito hemos de reconocer que un propósito marcado por la Ley de la SAS es, por una parte, la actualización legislativa en materia societaria teniendo en cuenta los factores jurídicos y económicos (*mercado y tendencias internacionales*), y por la otra, la reducción de formalismos cuyas aplicaciones resultan obsoletas.

En aquel sentido puede concebirse la ponencia presentada para primer debate al proyecto de ley en el cual se reconoció la importancia de aquellos factores y el papel de los acuerdos contractuales⁵.

En este orden de ideas, al valorar los aportes efectuados por otros sistemas jurídicos, se decidió escoger el sistema continental francés⁶, por cuanto en dicho ordenamiento se

⁵ ANTONIO GUERRA DE LA ESPRIELLA (senador ponente) GAC.391-07 S. Ponencia para primer debate en el Senado al Proyecto de Ley 39 de 2007.

⁶ Sobre los precedentes de la SAS, ver ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ. *Antecedentes nacionales de la Ley 1258 de 2008. Estudios sobre la Sociedad por Acciones Simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 25.

establecía la creación de aquella figura societaria a través de la Ley 94-1 de 3 de enero de 1994, modificada luego, entre otras, por la Ley 2001-420 de 15 de mayo de 2001⁷.

Otra cuestión para rescatar de la ya mencionada ponencia, es el hecho de consultar los argumentos esgrimidos por parte de sujetos expertos en la materia, donde cabe señalar el valor que tuvo para su estudio y aprobación los asuntos esgrimidos por el profesor REYES VILLAMIZAR.

Hemos de puntualizar en esta última cuestión, por cuanto el citado autor señala que los principales antecedentes de la SAS se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en la Ley 222 de 1995 (L. 222/95)⁸; sistematización esta que introdujo la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, así como en la Ley de Fomento a la Cultura del Emprendimiento o Ley 1040/06, que circunscribió el primer sistema de sociedades unipersonales en Colombia⁹.

En lo que atañe al derecho comparado, afirma el autor que tratándose de aquel tipo societario *híbrido*¹⁰ se combinan particularidades propias de las sociedades personalistas como los derechos especiales sobre las utilidades, junto con los incentivos económicos

“... la reciente Ley sobre Sociedades por Acciones Simplificada hunde sus raíces de manera inmediata en el reciente *derecho societario francés* [...] teniendo dicha ley, por lo demás, precedentes importantes en otros sistemas jurídicos, especialmente en el régimen de algunos *estados del país del norte (Sistema Anglosajón concretamente Norteamérica)*...”. Resaltado en cursiva y entre paréntesis por fuera de texto.

⁷ ANTONIO GUERRA DE LA ESPRIELLA. Ob. cit.

Aquel tipo societario se halla definido entre los artículos L227-1 a L227-20 y L244-1 a L244-4 del Código de Comercio francés (C. Co. f.), con sus correspondientes modificaciones, siendo una característica su aspecto

“... abierto y flexible para su funcionamiento y composición permitiendo aun que dicha figura pueda ser constituida por un solo accionista, dando a los comerciantes franceses una mejor posición al momento de asumir los retos de competencia frente a las figuras societarias existentes en otras naciones europeas...”.

⁸ FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. *Responsabilidad de los Administradores en la Sociedad por Acciones Simplificada. Estudios sobre la Sociedad por Acciones Simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 343.

Sobre el particular señala el autor que la Ley 222/95 trae a colación el tema de las actuaciones de los administradores, concretamente el asunto de los deberes fiduciarios de aquellos, “... cuya consagración inicial por el *derecho societario norteamericano* ha sido imitada en varias legislaciones civilistas sobre la materia...”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

⁹ REYES VILLAMIZAR. *SAS La Sociedad por Acciones Simplificada*, 1.ª ed., Bogotá, Legis, 2009, p. 10.

¹⁰ *Ibíd.*, pie de página 20 en p. 19.

para los administradores, existiendo así una concordancia entre los sistemas jurídicos anglosajón y continental.

Bajo la existencia de aquel derrotero de afinidad, en la medida que se halla una marcada influencia de los caracteres personalistas propios del sistema norteamericano, a guisa de ejemplo, la sociedad colectiva con limitación de responsabilidad de los socios –Limited Liability Partnership (LLP)– y la sociedad de responsabilidad limitada –Limited Liability Companies (LLC)– resultan ser valorados por el sistema continental, los cuales avanzan en su sistematización¹¹.

Una vez determinadas las consideraciones existentes en los precedentes del tipo societario, es menester hacer mención a algunas reflexiones alrededor de la responsabilidad civil, con el objeto de tener fundamentos jurídicos necesarios que se enmarcan dentro del régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades y en el caso concreto de la SAS.

A. ELEMENTOS, RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Partiendo de un concepto etimológico debe considerarse que la expresión latina *respondere* significativa de alocuciones como prometer, merecer, y que se encuentra sujeta a la expresión *spondere*, entendida como la asunción de una obligación, no es un concepto autónomo e independiente sino derivado, por cuanto se es responsable frente a un tercero. Por consiguiente, existe una responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro, el cual por la dependencia o sujeción exige unos balances ya que por su actuar ha ocasionado un daño¹².

En aquel mismo sentido la honorable Corte Suprema de Justicia llegó a considerarlo al establecer como soporte de sus consideraciones que:

... La responsabilidad civil, concebida lato sensu como la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia, equidad y solidaridad para restablecer el equilibrio alterado con la conculcación

¹¹ Ibíd., pp. 19 y 20.

¹² GENEVIÈVE VINEY. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 21.

En este mismo sentido se ha establecido que la responsabilidad civil es el conjunto de reglas que obligan al autor de un daño a reparar aquel perjuicio brindando al lesionado una indemnización.

*de la esfera jurídica protegida por la norma... (resaltado en cursiva y subrayado por fuera de texto)*¹³.

Sin el ánimo de ahondar en una explicación jurídica sobre los elementos de la responsabilidad, es nuestro deber siquiera mencionar el concepto de cada uno de ellos, partiendo por el hecho dañino, continuando con el daño, para finalizar con el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

Ahora bien, el hecho dañino debe entenderse como cualquier tipo de *acción* o de *omisión* que alcanza a ocasionar un perjuicio, lográndose percibir como:

*... la modificación o transformación de una situación anterior. Debe ser obviamente una modificación objetiva, un cambio o transformación, que no requiere ser calificado como ilícito...*¹⁴
(resaltado en cursiva por fuera de texto).

De igual forma, aquella avería jurídica es interpretada como el menoscabo o el detrimento patrimonial material o inmaterial de un bien o un derecho, siendo cierto, directo, personal y subsistente; concepto que al entender de la Corte Suprema de Justicia resulta ser la lesión de un derecho, un interés o la de un valor salvaguardado por nuestro ordenamiento jurídico¹⁵.

En igual raciocinio se pronunció el Consejo de Estado al considerar:

*... El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “... en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc...” y “... supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo...”*¹⁶ (resaltado en cursiva por fuera de texto).

Un último elemento de la responsabilidad resulta ser el vínculo de causalidad, llegando a ser definido como aquella atadura entre la causa que generó el daño y el perjuicio o en

¹³ CORTE SUPREMA JUSTICIA, Sala de Casación Civil, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS, 24 de agosto de 2009.

¹⁴ GILBERTO MARTÍNEZ RAVE y CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 11 ed., Bogotá, Temis, 2003, p. 18.

¹⁵ CORTE SUPREMA JUSTICIA. Ob. cit.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, exp. 11499, 11 de noviembre de 1999.

otros términos, podemos hacer referencia a la definición que fue marcada por la propia Corte al ser entendida como:

... consiste en *precisar al autor del detrimento*, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión...¹⁷ (resaltado en cursiva por fuera de texto).

En materia de responsabilidad, los asuntos de la causalidad son dirimidos a través de la *teoría de la causalidad adecuada*, razón por la cual el Consejo de Estado la concibió como aquel acontecimiento causado por el hecho o el fenómeno que usualmente lo produce. Estableciendo concretamente:

... la primera teoría (*Teoría de la Equivalencia de las Condiciones*) refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues “partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal”. Y sobre la *teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce*. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito...¹⁸ (resaltado en cursiva y entre paréntesis por fuera de texto).

Una vez determinados los elementos estructurales de la responsabilidad hemos de trasladarnos dentro de la imputación jurídica, por una parte, a las consecuencias nocivas que con el daño se hubieren ocasionado dentro del soporte objetivo si está basado en el riesgo o del subjetivo si se trata de estructurar los elementos en la *culpa*¹⁹, y por la otra, hemos de introducirnos en el daño así como en el nexo causal.

¹⁷ CORTE SUPREMA JUSTICIA. Ob. cit.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, C. P.: GIRALDO GÓMEZ, exp. 13818, 11 de noviembre de 2002.

¹⁹ El ordenamiento jurídico nacional no entra a definir lo que debe entenderse por *culpa*, logrando a nuestro juicio ser considerada como aquel descuido en la gestión que no hubiera incurrido un sujeto jurídico ubicado en el mismo actuar del autor del daño.

Bajo aquel criterio, describimos la culpa como aquel tipo de conducta ilícita que transgrede una obligación determinada por la ley o la costumbre²⁰. Sobre este punto se considera cómo la culpa *in abstracto* es apreciada como la conducta del agente en relación con el comportamiento de un *buen padre de familia*²¹, seguro de sus actos, hechos y que respeta las Leyes, los reglamentos, la costumbre e incluso los buenos hábitos²².

En este sentido es menester recordar en cuanto a la responsabilidad de los administradores de las sociedades que además de consagrarse una responsabilidad solidaria e ilimitada se estableció un régimen de responsabilidad subjetivo, razón por la cual en el artículo 24 de la Ley 222/95 se predica:

... *Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros...* (resaltado en cursiva y subrayado por fuera de texto).

Con todo, la responsabilidad civil contractual puede definirse como el deber de reparación existente en todo sujeto calificado como el autor de los perjuicios ocasionados a otro, todo ello como consecuencia del incumplimiento contractual o de aquella consecución entendida como *parcial o tardía*. A partir del artículo 1602 del Código Civil colombiano (C. C. C.) se estableció que todo contrato considerado ley para las partes podía ser invalidado tanto en el caso de la anuencia de las partes como por las razones legales.

Continuando con esta trayectoria jurídica no sobra puntualizar en la diferencia existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual; discrepancia consistente en que

²⁰ PHILIPPE LE TOURNEAU. *La Responsabilidad Civil*, Bogotá, Legis, 2004, p. 122.

²¹ Apartándonos de la discusión sobre la concepción del *buen padre de familia*, así como la controversia entre mandato y administración, hemos de establecer que sobre el particular puede consultarse FERRAN BADOSA COLL. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 33. Deberes en los Actos de Gestión al Interior de una Persona Jurídica, Bogotá, noviembre 14 de 2008; JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. *Grandes Temas de Derecho Comercial. Su incidencia en la Constitución de 1991*, Díké, Medellín, 1993, p. 245; JOSÉ IGNACIO NARVAEZ GARCÍA. *Teoría General de la Sociedades*, 10.^a ed., Bogotá, Legis, 2008, pp. 271 a 272; y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, M. P.: CARLOS JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, sentencia 16 de octubre de 1997, y M. P.: FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, Sentencia 24 de agosto de 1998. Citados por CAMILO ENRIQUE CUBILLOS GARZÓN en los siguientes artículos: “Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica”, en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 7, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008; y “Directrices del Régimen de Responsabilidad de los Administradores de Sociedades”, en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

²² PHILIPPE LE TOURNEAU. Ob. cit., p. 125.

en la primera nuestro ordenamiento jurídico²³ establece, por una parte, el hecho que si no es posible imputar el dolo al deudor, aquél no se hace responsable de los perjuicios previstos en la celebración del contrato, a *contrario sensu*, si le endilgamos la misma, éste será responsable de todos los perjuicios producto del incumplimiento o del cumplimiento tardío del contrato²⁴.

En este mismo sentido, y refiriéndonos a la responsabilidad extracontractual, cabe traer a colación las consideraciones que el maestro FERNANDO HINESTROSA posee en el entendido que la misma se desprende de un encuentro social *ocasional* sin que medie una convención o una relación jurídica previa, naciendo de esta manera la obligación de reparar patrimonialmente las consecuencias jurídicas del hecho dañoso, contrario a la anterior responsabilidad contractual donde la "... transgresión de las reglas concretas de conducta, preestablecidas en el contenido del contrato o, más ampliamente del negocio jurídico, o en la Ley, que se ocupa por entero de las restantes obligaciones..."²⁵.

De esa forma, una vez planteadas las nociones generales sobre la responsabilidad civil que sirven de base para analizar la responsabilidad de la gestión de aquel tipo societario y abarcando a los administrador de hecho y oculto, es pertinente advertir sobre la viabilidad de extender al administrador oculto el régimen de responsabilidad contractual previsto para el administrador de derecho y por disposición de la Ley SAS también para el de hecho, o a *contrario sensu*, la aplicabilidad del régimen general de responsabilidad extracontractual.

Resultando de nuestro interés concentrarnos en la responsabilidad de los administradores de hecho y oculto en cuanto a las relaciones internas con la sociedad, dejando de lado el estudio de las relaciones que la misma pueda asumir con terceros, en la medida que será objeto de discusión en otro escenario jurídico a través del cual se determinará si un

²³ C. C. C. *Perjuicios que debe Sufragar el Deudor Incumplido*. Art. 1616.

²⁴ Dentro de la noción de la responsabilidad extracontractual resulta prudente observar cómo los fundamentos de la misma reposan en dos pilares, a saber: el principio de que toda persona causante de un daño está obligada a repararlo, así como el de la reparación integral del daño; en conclusión, si un sujeto ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo, surgiendo la responsabilidad extracontractual, salvo si aquel deber proviene de un contrato o convención válidamente celebrado.

²⁵ Con aquel sentido, ver FERNANDO HINESTROSA. "Devenir del Derecho de Daños", en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 10, Mucchi Editore, 2000, pp. 17 y ss.

"... En tanto que en la, así llamada, *responsabilidad extra-contractual* todo se encuentra esparcido, es impreciso, está por establecerse y determinarse: víctima, daño victimario, y por supuesto, el propio deber resarcitorio..." (resaltado en cursiva por fuera de texto).

contrato celebrado entre un administrador de hecho o uno oculto con un tercero vincula o no a la sociedad; es decir, dependiendo de si hay o no representación, se podrá distinguir si se celebró un contrato que vincula a la sociedad, y de esta forma se derivará la responsabilidad contractual del ente jurídico.

B. EL ADMINISTRADOR DE LA SAS

Un punto que resulta esencial en la estructura organizacional de todo tipo societario es el esquema administrativo, en donde la gestión de los negocios sociales *encargada*²⁶ se halla sujeta al cumplimiento de una serie de deberes prescritos por la ley, que a nuestro entender se profesionalizan de manera indirecta.

Ahora bien, en este estado de nuestro escrito no podemos pasar por alto y menos desconocer los cambios significativos que introdujo la ya referenciada Ley 1258/08, productora de este nuevo tipo societario, concretamente y haciendo alusión a una sociedad anónima²⁷; sin embargo, no es menos cierto que en todo aquel despliegue

²⁶ Ver en pie de página 17 lo tocante con las discrepancias jurídicas entre mandato y administración, de JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. *Grandes temas de Derecho Comercial. Su incidencia en la Constitución de 1991*, Medellín, Diké, 1993, p. 245; y JOSÉ IGNACIO NARVAÉZ GARCÍA. *Teoría General de la Sociedades*, 10.^a ed., Bogotá, Legis, 2008, pp. 271 a 272. Citados en CAMILO ENRIQUE CUBILLOS GARZÓN. Ob. cit.

²⁷ REYES VILLAMIZAR. *Responsabilidad de los Administradores en la...*, cit., pp. 327 y 328.

“... la posibilidad de creación por *acto unipersonal*, la constitución por *documento privado*, el carácter *constitutivo* de la inscripción en el registro mercantil, la *limitación de la responsabilidad* por obligaciones sociales –incluidas las derivadas de impuestos y obligaciones laborales–, la posibilidad de desestimación de su personalidad jurídica en hipótesis de fraude o utilización abusiva, la posibilidad de objeto indeterminado, *término de duración indefinido*, amplia *libertad en la organización* de la sociedad, *abolición de la revisoría fiscal* obligatoria, *clasificaciones de acciones*, *voto múltiple*, *abolición de la pluralidad* para quórum y mayorías decisorias –incluidas las reuniones de segunda convocatoria–, la posibilidad de *renunciar al derecho a ser convocado* a reuniones de la asamblea, regulación específica de la *teoría del abuso del derecho en determinaciones de asamblea* –incluidos los abusos de mayoría, minoría y paridad–, votación por *principio de simple mayoría*, libertad de *proporción entre capital autorizado y suscrito*, plazo amplio de *dos años para el pago del capital* sin sujeción a proporción definida de cuota inicial, amplia *efectividad de acuerdos de accionistas* –incluida la posibilidad de hacer valer la ejecución específica de las prestaciones pactadas–, supresión de *prohibiciones a los administradores sociales* y de los límites para la distribución de utilidades, *posibilidad de arbitramento* para resolver todos los asuntos, incluidas las acciones de impugnación, de determinaciones de asamblea o junta directiva...” (resaltado en cursiva por fuera de texto).

realizado existió una abstención respecto de los cambios sustanciales por desarrollar, ocupándose del régimen de los administradores sociales.

En efecto, el artículo 27 de la Ley 1258/08 hace una remisión expresa para efectos de responsabilidad a lo dispuesto en la Ley 222/95²⁸; siendo esta la única disposición concreta que sobre la materia hace la citada normatividad, no obstante lo anterior, otro aspecto para destacar en esta materia es lo dispuesto en el artículo 45 de la ya referenciada ley, el cual estableció que lo que no se hubiese regulado debía entrar a presidirse por aquello previamente establecido en los estatutos, así como en las normas de la sociedad anónima y por lo señalado en las demás reglas que regían para cualquier tipo de sociedad en el ordenamiento mercantil colombiano.

Continuando en nuestra labor investigativa, es prudente establecer que la Ley 222/95 entró a regular de manera *amplia y general*²⁹ lo referente a la administración societaria en la sección segunda, la cual comprende los artículos 22 a 25; conforme al primero, se entiende que serán administradores el representante legal, los miembros de la junta directiva, los liquidadores, los factores de establecimiento de comercio y *quienes según los estatutos detentan funciones de administración*.

Asimismo, aunque es previsible que en muchas de las nuevas SAS se prescinda de la junta directiva conforme lo estatuido en el artículo 25³⁰, ello no comportaría un cisma respecto al sistema de administración tradicional consagrado para las sociedades anónimas, dada la marcada preponderancia que la figura del representante legal tiene en nuestra legislación.

²⁸ Ley 1258/08, art. 27. *Responsabilidad de Administradores*.

"... Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere..."

²⁹ SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO. *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades*. www.rodriquez-azuero.com.

"... lo más importante de destacar en nuestro sistema es que la estructura del poder se ha conformado de manera que *la facultad amplia y genérica de administración* se asignan por vía general, *al representante legal* por lo que, si bien la junta directiva recibe facultades en los estatutos, *estas se convierten*, de alguna forma, *en excepcionales* frente a las de los representantes legales..." (resaltado en cursiva por fuera de texto).

³⁰ Ley 1258 de 2008 art. 25. *Junta Directiva*.

"... La sociedad por acciones simplificada *no estará obligada a tener junta directiva*, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea..." (resaltado en cursiva por fuera de texto).

Una vez precisados los sujetos que tienen la calidad de administradores, el artículo 23 estableció los deberes de aquellos, basados en los principios de lealtad, diligencia y el de la buena fe de un buen hombre de negocios. En aquel catálogo se halla el deber de no competir con la sociedad respetando sus intereses y evitando situaciones de conflicto, el deber de gestión eficiente o rentable, el de cumplir con las disposiciones legales y estatutarias y el deber de discrecionalidad³¹.

En definitiva, los deberes genéricos consagrados en la ley llenan de contenido el actuar de un administrador que por su naturaleza es de medio, mas nunca de resultado, y donde la infracción de cualquiera de aquellos, bien sea por dolo o culpa, supone la aplicación del régimen de responsabilidad consagrado en los artículos 24 y 25, que no es otro que el de la responsabilidad solidaria e ilimitada de quienes participaron en la ejecución del hecho dañino frente a la sociedad, los socios o los terceros.

A nuestro entender, la gran novedad que ha supuesto la ley en lo que al desarrollo de la administración se trata, es la consagración de una figura que denominamos la de *administrador de hecho* o también conocido como el de *de facto director*³².

La redacción de esta norma da un amplio margen de interpretación al operador jurídico, en la medida que el mismo no procura definir el concepto, sino ampliar el espectro de la responsabilidad propia de los administradores a todas aquellas personas que se logren *inmiscuir en una actividad positiva de gestión*, administración o dirección de la sociedad.

Si bien es cierto, el asunto ha sido objeto de discusión en distintas legislaciones, nosotros hemos de optar por identificar lo allí dispuesto, claramente con la figura del administrador de hecho o la de un *de facto director*.

II. EL PRODUCTO DE LA GESTIÓN –LA RESPONSABILIDAD–

A. EL ADMINISTRADOR DE HECHO

³¹ Dentro del tema de los deberes, ver CAMILO ENRIQUE CUBILLOS GARZÓN. *Deberes en los actos de gestión*. Ob. cit.

³² Ley 1258 de 2008 art. 27. *Responsabilidad de Administradores*. Parágrafo.

“... Las personas naturales o jurídicas que, *SIN SER administradores* de una sociedad por acciones simplificada, *se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión*, administración o dirección de la sociedad, *incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores...*” (resaltado en cursiva y en mayúscula sostenida por fuera de texto).

La figura del administrador de hecho es una de las manifestaciones de la extensión subjetiva de la responsabilidad, propia de los administradores a diversos sujetos cuya injerencia resulta determinante en el ámbito societario.

Variadas resultan las formas en que un ordenamiento jurídico amplía el espectro de la responsabilidad en lo que al derecho societario se refiere, siendo como fin último el hecho de llevar la confianza al tráfico jurídico.

Igualmente, ha de dotarse a los agentes del mercado de herramientas jurídicas para lograr la seguridad en sus transacciones y proporcionándole una primacía a la realidad sustancial, tutelando de esta forma la apariencia, así como garantizando que la sociedad se vincule por lo realizado en su nombre por quien aparentó ser su representante, tratándose en definitiva de un

... problema de responsabilidad, de una desestimación de las formas en aras de una justicia material...³³.

En otras palabras, entrando a explayar aquella responsabilidad de los administradores significando una justificación en la medida que la gran vaguedad de las actuaciones de aquellos sujetos entra a comportar

... una aún menor eficacia disciplinar de los instrumentos de gobierno provistos por las fuerzas del mercado...³⁴.

Diversos han sido los casos en que la jurisprudencia y la doctrina extranjera han extendido la responsabilidad a otros sujetos ajenos a la administración, pero que en la dirección o el gobierno corporativo inciden de modo abierto ora de manera indirecta.

Retomando aquellas consideraciones transcritas por la doctrina, concretamente a raíz del Informe Aldama, ha de recordarse que la extensión subjetiva de la responsabilidad por infracción del deber de lealtad por parte de los administradores puede comprender, entre otras formas, a las *personas físicas* representantes de los directores de las personas jurídicas, los *altos directivos* de la sociedad, los *administradores de hecho*, los

³³ ANTONIO PERDICES HUETOS. "Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001" (RJ 2001, 7489), en *Revista de Sociedades* n.º 18, 2002-1, Ed. Aranzadi, España, pp. 280 y 281.

³⁴ CÁNDIDO PAZ-ARES. "La responsabilidad de los administradores como instrumento de Gobierno Corporativo". www.indret.com, *Working Paper* n.º 162, Barcelona, 2003, p. 17.

administradores ocultos y a una extensión parcial a los *accionistas de control*, dado que si bien la posición de control impone ciertas cargas especiales, estas

... deben ser compatibles con una razonable consideración de sus intereses como propietario privado...³⁵.

Si bien es cierto que muchos fueron los avances que la ley 222 incorporó en nuestra legislación, no lo es menos que las figuras tendientes a la expansión de la responsabilidad resultan ser imperceptibles.

Con todo, se puede ver algún avance de la citada ley cuando, por una parte³⁶, consagra que se considerará director cualquier sujeto que con arreglo a los estatutos desarrolle las funciones de gestión, logrando de esta forma suponer que de lo que se trata aquí es de la figura del administrador de hecho, mas sin embargo cabe anotar por ahora, y dejando para otro estado del trabajo, el estudio concerniente a la gestión de facto, dirección aquella que no se puede hallar circunscrita al hecho que las funciones se encuentren estipuladas previamente en los estatutos, pues entraría a limitar la función propia de un *de facto director*, a sus estatutos.

Dando otro salto, y no suficiente con aquel punto de vista, cabe señalar otra norma³⁷ que establece igualmente una extensión de la responsabilidad al representante legal de una persona jurídica que fue encargada de la administración de una sociedad. No obstante, fue solo a partir de la aparición de la Ley SAS que se abrió camino a un supuesto más valedero y claro, correspondiente a la extensión de la responsabilidad con la figura del administrador de hecho.

Los términos próximos entre sí del *administrador de hecho*, bien pueden ser el *administrador de facto*, el *director de hecho*, *administrador indirecto* o el *director de facto*; de todas aquellas expresiones encontramos varias definiciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; sin embargo, no existe una definición legal de la figura en el sistema

³⁵ *Ibíd.*, p. 18.

³⁶ Ley 222/95 Sección II, art. 22. *Administradores*.

“... Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos Y *QUIENES DE ACUERDO CON LOS ESTATUTOS* ejerzan o detenten esas funciones...” (resaltado en cursiva y mayúscula sostenida por fuera de texto).

³⁷ Ley 222/95 art. 24. Modif. art. 200 del Código de Comercio colombiano (C. de Co.). *Responsabilidad de Administradores*.

“... Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella Y *DE QUIEN ACTÚE COMO SU* representante legal...” (resaltado en cursiva y mayúscula sostenida por fuera de texto).

anglosajón, concretamente en los ordenamientos americano e inglés, entendidos como fuente de donde proviene esta figura.

Con todo, especial atención prestan en el derecho comparado los ordenamientos español e indudablemente el inglés; sobre este asunto se debe aclarar que aunque la Ley SAS en mucho está inspirada en la ordenamiento francés a través de la Loi 94-1 de 3 enero 1994, al crear la *société par actions simplifiées* y en sus posteriores modificaciones (Loi de 2 de julio de 1999), así como se señaló en los debates para promulgar la Ley 1258/08, se hace de imperiosa necesidad aclarar que el ordenamiento francés no entró a distinguir entre un administrador de hecho y uno oculto, tema de especial interés respecto de nuestro estudio referido concretamente a la delimitación del alcance y el contenido de estas dos figuras de extensión de la responsabilidad civil de los administradores.

Es innegable que en el derecho francés se hable del *directeur de fait*, pero en aquel ordenamiento la figura reviste una naturaleza diferente a la de que es objeto de nuestro estudio. En efecto, la Loi 94-1 de 3 enero 1994 en su artículo 5.º parte final³⁸, a pesar de no mencionar la figura del administrador de hecho, sí se hace alusión a un supuesto de extensión de la *responsabilidad penal* para aquellas personas que directa o indirectamente logren inmiscuirse en la administración de la SAS; sin embargo, no se hace mención a la extensión de la responsabilidad civil sobre la persona que ejerza la función de administrador de la SAS, como tampoco lo hace la jurisprudencia francesa a la extensión de los deberes del administrador de derecho a los *directeur de fait*.

³⁸ Loi de 3 enero 1994 art. 5.

“... Il est inséré, au chapitre II du titre II de la [loi no 66-537](#) du 24 juillet 1966 précitée, une section X ainsi rédigée: Section X. Dispositions concernant la société par actions simplifiée. Art. 464-1. Les articles 432 à 437, 439, 449 à 459 s'appliquent à la société par actions simplifiée. Les peines prévues pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée. Les articles 452, 456 et 457 s'appliquent aux commissaires aux comptes de la société par actions simplifiée. Art. 464-2. Sera puni d'une amende de 2 000 F à 15 000 F le président d'une société par actions simplifiée qui aura omis de mentionner, sur tous actes ou sur tous documents émanant de la société et destinés aux tiers, l'indication de la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement des mots société par actions simplifiée ou des initiales SAS et de l'énonciation du capital social. Art. 464-3. Seront punis d'une amende de 10 000 F à 120 000 F le président et les dirigeants d'une société par actions simplifiée qui auront fait publiquement appel à l'épargne. **Art. 464-4. Les dispositions des articles 464-1, 464-2 et 464-3 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura en fait exercé la direction d'une société par actions simplifiée sous le couvert ou au lieu et place du président et des dirigeants de cette société...**” (resaltado en negrilla por fuera del texto).

Por otro parte, igualmente se descarta la figura del *directeur de fait* en la sistematización tributaria del derecho francés, considerando que no se asemeja a la figura establecida en la Ley SAS, pues a pesar de extender el régimen sancionatorio propio del administrador a los sujetos que directa o indirectamente se inmiscuyan en los actos positivos de administración, no se limita solo a este aspecto sino que trasciende al ámbito de la responsabilidad civil.

Es por esto por lo que consideramos que se asemejan más a nuestro ordenamiento las consideraciones del derecho español, por cuanto efectivamente se trata la figura en el sentido del supuesto de extensión subjetiva de la responsabilidad civil propia del administrador de la sociedad a otros sujetos que se involucran en la administración y especialmente desde la reforma a la Ley de Sociedades española del 2003; resultando así los aportes doctrinales y jurisprudenciales españoles propios para hacer el estudio de lo que nuestra Ley SAS prescribe y entendiéndolos como un punto de referencia.

Por otra parte, pero en este mismo orden de ideas, respecto del sistema anglosajón norteamericano, debe aclararse que aunque constituye un antecedente respecto de la Ley SAS, lo cierto es que en este sistema donde existe un heterogéneo derecho societario, ya que varía según la regulación de cada Estado, no existe un desarrollo legislativo ni jurisprudencial tan amplio como acontece en Inglaterra, donde a mediados de la década de los años ochenta y con la antigua Ley de Sociedades, se distinguía entre un *de facto director* y un *shadow director*.

En esencia, la discusión inglesa acerca de la distinción entre un *de facto* y un *shadow director* es un punto cardinal en nuestro estudio; cuestión esta que al presentarse en el Derecho inglés es producto del resultado de la innegable necesidad de fijar unos parámetros claros para la aplicación de las formas de extensión de la responsabilidad civil y suscitadas en aquel derecho, con la relevancia dada a la distinción entre estas figuras, al tener una consagración legal. En Estados Unidos, si bien existen desarrollos sobre aquel asunto, resultan ser la doctrina y la jurisprudencia inglesas los puntos de obligada referencia.

En tratándose de un sistema jurídico anglosajón, recurriremos de manera cristalina a observar un punto jurisprudencial como el que se llega a presentar ante el juez inglés J. MILLET y para el asunto *Re Hydrodan (Corby) Ltd. BCC. 1994*.

... El caso se refiere a la liquidación de Hydrodan (Corby) Ltd., que es una sociedad íntegramente participada por Eagle Trust plc. El liquidador de la sociedad ejercita una acción por *wrongful trading* contra dos *directors* de esta última, que considera *shadow directors*

de Hydrodan. El juez MILLET, sin embargo, consideró que los demandados no eran *shadow directors* de la filial por ser *directors* de la matriz, como pretendía el liquidador; en cambio expresó que el papel del *shadow director* le correspondía a la sociedad holding...³⁹.

En este caso se definió la figura partiendo que un *de jure director* era aquel que había sido nombrado como tal por la sociedad; un *de facto director* era una persona que asumía actuar como director, siendo presentado por la compañía como tal y reclamando y pretendiendo ser un director, aunque nunca fuese válidamente nombrado como tal; y un *shadow director* era el sujeto que no reclamando ser director, ni presentándose como tal, actuaba a la sombra de los de *iure* y *fato directors*⁴⁰.

En un sistema jurídico ajeno al anglosajón como es el continental vale la pena detenerse por un instante en lo argüido por parte de la doctrina francesa, a sabiendas que de aquel sistema provino la intención de acoger el tipo societario de la SAS en Colombia, más sin embargo, recordando que aquel sistema francés, tuvo sus cimientos en otro sistema jurídico como el americano⁴¹.

En Francia la doctrina ha manifestado sobre el particular que la calidad de hecho se atribuye a la persona que no estando dotada de un *mandato social*, se inmiscuye individualmente y con total independencia en la gestión de una sociedad así como con la habitualidad y la regularidad propias de un cargo, a criterio del *Conseil Constitutionnel*⁴².

³⁹ PABLO GIRGADO PERANDONES. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 52.

De igual forma, los tribunales británicos se pronunciaron en repetidas oportunidades como sucedió en los asuntos *Selengor United Rubber Estates Ltd. Cradock and Other* (n.º 3) de 1968, 2 All ER 1973, y en 1968 1 WLR, pp. 1555 ss. y In Re A Company N. 5009 de 1987 (1988), 4 BCC, pp. 424 ss. Citados por Ibíd., pp. 51, 52 y 181.

⁴⁰ Del mismo modo, ver LEAN SEALY y SARAH WORTHINGTON. *Cases and Material in Company Law*. Oxford University Press, p. 359. Cita *Re Hydrodam (Sic) (Corby) Ltd.* [1994] 2 BCLC (Sic) 180. http://books.google.com.co/books?id=qGPHVHdRvOsC&pg=PA359&dq=DE+FACTO+DIRECTOR+S&lr=&as_brr=3&cd=5#v=onepage&q=&f=false

“... A *de facto director* is a person who assumes to act as a director. He is held out as a director by the company, and claims and purports to be a director, *although never actually or validly appointed as such...*” (resaltado en cursiva por fuera de texto).

⁴¹ Ver sobre el particular pie de página 2.

⁴² ALAIN COURET y PAUL LE CANNU. *Société par Action Simplifiée*. GLN Editions, Paris, 1994, p. 189 “... Cette qualité est attribué á la personne qui, non dotée d'un *mandat social*, s'est *immiscée* proprio motu, en toute *indépendance*, dans l'*administration*, la gestion ou la direction d'une société. A cette idée d'une participation active et autonome á la conduite générale d'une entreprise, le *Conseil Constitutionnel* a adjoint le *critère d'habitude ou de régularité*, qui exprime qu'un acte isolé

Otro aspecto para destacar se traduce en cómo dentro de otro sistema jurídico continental como el español la figura del administrador de hecho brotó atendiendo el caso específico del *administrador decaído*⁴³, todo ello hasta considerarlo como aquel sujeto que en la realidad del tráfico desempeña *sin título, con título nulo o extinguido*, las funciones ejercidas por los administradores formalmente designados⁴⁴.

Sobre este punto se ha sostenido que un administrador de hecho puede entenderse como aquellos sujetos que:

... pese a *seguir materialmente decidiendo sobre la gestión social, formalmente ya no ostentan tal condición*, haciendo de la sociedad lo que algún autor ha denominado buque fantasma de holandeses errantes (VICENT CHULIÁ)...⁴⁵ (resaltado en cursiva por fuera de texto).

En aquel orden de ideas, cabe anotar que en España con la Ley 26/03 que modificó el artículo 133-2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a pesar de llegar a consagrar la figura del administrador de hecho, nunca llegó a precisarlo en su definición⁴⁶; siendo de particular relevancia el asunto español, dado que la legislación española no refirió criterios materiales para poder identificar qué se debía entender por administradores de hecho.

d'immixtion ne saurait suffire á caractériser la direction de fait..." (resaltado en cursiva por fuera de texto).

⁴³ ANTONIO PERDICES HUETOS. Ob. cit. Pie de página 3, p. 279.

"... la noción de administración de hecho aparece, en lo que nos consta, a propósito del funcionamiento de la sociedad con *administradores decaídos* [...] se trataba un supuesto de *actuación de administradores* –concretamente un aumento de capital–, *más allá del plazo previsto* de cinco años en el entonces vigente artículo 72 LSA/1951, y donde se llega a la conclusión de que se ha producido una '*prórroga de hecho*'..." (resaltado en cursiva por fuera de texto).

⁴⁴ JOSÉ ORIOL LLEBOT. "Deberes y responsabilidad de los administradores", en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 58.

⁴⁵ ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE. *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la Sociedad Anónima*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 24.

⁴⁶ Ley Española de Sociedades Anónimas. Art. 133. *Responsabilidad*.

"... 2. *El que actúe como administrador de hecho de la sociedad* responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador..." (resaltado en cursiva por fuera de texto).

Correspondiendo de esta manera a la doctrina y jurisprudencia envolver el concepto mismo de esta clase de administrador, existiendo una álgida discusión acerca del verdadero contenido de la figura, la cual, para la mayoría de la doctrina e incluso para el Tribunal Supremo, se trataba de una figura amplia en su significación.

... comprende tanto a los que se representan al exterior como tales administradores sin serlo, administradores *con cargo caducado* que continúan la gestión empresarial, *con cargo nulo* en el mismo caso, etc., como quienes *se ocultan detrás de testaferros que aparecen formalmente* nombrados como administradores de derecho, pero solo formalmente [STS 7 mayo de 2007 (Tol 1081760)], considera *administrador de hecho a la persona que actúa aparentemente a través de otra pero que es quien asume realmente la administración de la sociedad...*⁴⁷ (resaltado en cursiva por fuera de texto).

Pese a adoptarse un concepto amplio de administrador de hecho, se llega a subdividir haciendo una distinción entre un administrador de hecho notorio y quien actúa de una forma clandestina, sosteniendo que:

... quien se comporta y actúa como administrador lo puede hacer abiertamente –presentándose como tal– o *de forma solapada –actuando realmente como tal pero sin presentarse como administrador–* [...] aparece la figura de lo que llamaremos “*administrador de 'hecho notorio'*”, que actúa como tal en el tráfico sin título válido para ello-(a); en el segundo caso, cuando la persona que administra desea ocultar ese hecho, lo relevante es la *seguridad jurídica*; y con ello la realidad material –y así aparece–, lo que llamaremos “*administrador de hecho oculto*”, *que domina, determina o suple mediata –desde la sombra– o inmediatamente –desde su condición de simple apoderado– la actuación del administrador (de derecho)-(b)*⁴⁸ (bastardilla por fuera de texto).

Pero esta posición doctrinal y jurisprudencia española fue rebatida por otro sector que se halla más apegado al derecho inglés. Se sostiene que a pesar del hecho de aceptar que los administradores de hecho deban estar sujetos al régimen de responsabilidad de los administradores, corresponde considerar otros aspectos del mismo:

⁴⁷ PRENDES. “Los Administradores”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 431 y 432.

⁴⁸ PERDICES HUETOS. Ob. cit., p. 280.

... Por su parte QUIJANO GONZÁLEZ, luego de afirmar que los administradores de hecho en general han de quedar sometidos al régimen de responsabilidad previsto en la ley para los administradores, afirma “el supuesto que hemos denominado ejercicio de influencia sobre los administradores, también identificable como *administrador indirecto* o *administrador oculto*, *presenta una configuración diferente. Falta aquí el dato de la apariencia, derivada de un nombramiento o del ejercicio de hecho de la posición como fundamento básico de la extensión del régimen de responsabilidad*”...⁴⁹ (resaltado en cursiva por fuera de texto)

B. EL ADMINISTRADOR A LA SOMBRA

Ciertamente, en consideración al sistema anglosajón inglés, cuando se refiere a la noción de administrador, se observa que un concepto es el de administrador de hecho –*de facto director*– y otro muy diferente es el de administrador oculto –*shadow director*–.

Siendo así, la Ley de Sociedades inglesa de 2006 definió en su sección 251 lo que debía entenderse por administrador a la sombra, admitiendo por tal las personas que de conformidad con los preceptos instruyeran a los directores de las compañías; sin embargo, aclaraba que un *shadow director* no podía ser ni un sujeto que se limitara a aconsejar a los directores de la empresas, ni la persona jurídica de las subordinadas, por cuanto los directores de las mismas, en razón de la unidad de propósito y dirección, debían de actuar bajo unas instrucciones⁵⁰.

⁴⁹ JOSÉ LUIS DIAZ ECHAGARAY. *El Administrador de Hecho de las Sociedades*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2002, p. 184.

⁵⁰ COMPANIES ACT 2006. Chapter 9. Supplementary Provisions. Meaning of “director” and “shadow director” 251. “Shadow director”.

“... (1) In the Companies Acts ‘shadow director’, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.

(2) A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.

(3) A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of

Chapter 2 (general duties of directors),

Chapter 4 (transactions requiring members’ approval), or

Chapter 6 (contract with sole member who is also a director), by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions...”.

Por otro lado, los jueces han sido quienes a través de la jurisprudencia de los tribunales (*case law*) crearon y definieron el concepto del administrador de hecho en Inglaterra; con todo, debe aclararse que en términos legales lo que supondría un verdadero inconveniente respecto del concepto de administrador no es la figura del *de facto director* sino el del *shadow director*.

La figura del administrador de hecho emana de la misma sección 250 de la citada norma, donde se define al administrador como cualquier sujeto que ejerce como tal, sin importar el calificativo empleado⁵¹, entendiendo por tal la persona que de oficio lo desempeña, de manera independiente del cargo por desempeñar, aclarando que esta descripción envuelve a los sujetos que no hacen parte de la junta directiva⁵².

Surge por tanto la tarea de diferenciar entre el administrador de hecho y el oculto, donde si una persona es o no un director a la sombra es un asunto que tiene que ser decidido según las circunstancias del caso⁵³, teniendo presente que la posición de un director de derecho suprime la posibilidad de uno a la sombra⁵⁴.

En el referido caso *Re Hydrodam (Corby) Ltd.*, referenciado en los pie de página 34 y 35, se discutió sobre el concepto de administrador de hecho y el oculto, entrando a reconocerlos solo cuando se llegaron a fijar los parámetros de identificación, en la medida que no son términos superpuestos sino que, por el contrario, resultan ser excluyentes.

Así las cosas, el administrador de hecho, además de ser un sujeto que ejerce como director, es la persona que la compañía presenta como tal sin ser formalmente designado,

⁵¹ *Ibíd.*, 250. “Director”.

“... In the Companies Acts ‘director’ includes any person occupying the position of director, by whatever name called...”.

⁵² DENIS KEENAN. *Company Law for Students*, 9.ª ed., Pitman Publishing, Londres, 1996, p. 283.

“... a director is anyone occupying the role of director regardless of his title within the company. This could include a person not actually appointed to the board, i. e. a *de facto* director”.

⁵³ *Ibíd.*, pp. 283 y 284.

“... Whether a person is or is not a shadow director is a matter of fact to be decided on the circumstances of the case, but some indications are (a) being a signatory to the company’s bank account and/or attendance at interviews with the Bank officials; (b) the ordering by the person concerned of goods and/or services for the company; (c) the signing of contracts and/or letters in the capacity of director; (d) attendance at meetings of the board; (e) possession of detailed information about the company...”.

⁵⁴ SEALY y WORTHINGTON. *Ob. cit.*, p. 360.

“... The definition of a ‘shadow director’ appears to preclude persons from being both a shadow director and a *de jure* director [*Re Hydrodam (Corby) Ltd.* –1994– 2 BCLC 180], but this is not explicit in the section...”.

convirtiéndose en una presunción de hecho lo relativo a las funciones desarrolladas, por cuanto no era suficiente el simple interés en la administración o en una gestión tratada por un administrador de inferior nivel a la junta directiva. Mientras que el administrador a la sombra nunca solicitará, ni deseará actuar como un director, en consecuencia, la compañía no llegará a presentarlo como tal, por cuanto él está a la sombra de la administración; así como resulta necesario probar las funciones desempeñadas para el caso de un *de facto director*, si de uno *oculto* se trata es prudente justificar, por una parte, quiénes son los directores de la compañía, por otra lado, que la persona a quien se demanda efectivamente dirigió a los demás administradores, así como que se hallaba familiarizado con el actuar⁵⁵.

La amplitud de la figura del director de hecho es la nota característica en el ordenamiento español al no llegar a definirlo, limitándose a otorgar plena autonomía a quienes se asociaron para que a través de los estatutos pudiesen establecer el modelo de administración por seguir. Entendiendo como directores *de jure* solo aquellos que resultan designados por los órganos que cumplen esta función estatutaria, así como los que la aceptan⁵⁶.

Por otra parte, en Inglaterra se acepta que siendo los *de facto director* una variedad de los *de jure director*, la responsabilidad de aquéllos debe ser equivalente a la de éstos, esto significaría que debe existir una responsabilidad por todos los deberes estatutarios que le son exigibles así como a los fiduciarios, razón por la cual creemos no se halla disposición alguna en la Ley de Sociedades inglesa frente a la responsabilidad de los directores de hecho.

No obstante lo anterior, el resultado es otro en cuanto a los directores ocultos, pues debe distinguirse el régimen de responsabilidad ya que no les son aplicables las obligaciones que se predicán de los *de jure director*, en consecuencia, los directores ocultos responden por las infracciones de los deberes estatutarios, mas no por las contravenciones a los fiduciarios, dado que en estricto sentido no existe una relación de fiduciaria entre el *shadow director* y la *company*, para finalmente concluir que al director oculto no se le encarga gestión alguna por parte de la compañía, y a falta de aquella relación son

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 359 y 360.

“... To establish that a defendant is a shadow director of a company it is necessary to allege and prove. (1) who are the director of the company, whether *de facto* or *de jure*; (2) that the defendant directed those directors how to act in relation to the company or that he was one of the persons who did so; (3) that those directors acted in accordance with such directions; and (4) that they were accustomed so to act...”.

⁵⁶ Sobre el particular, ver arts. 9, 123, 124, 125 y 126 de la Ley de Sociedades española (LSA).

inaplicables los deberes propios de la misma, aunque si bien es cierto es un punto que cabe discutir en materia doctrinal⁵⁷.

Así las cosas, la cuestión acerca de la amplitud de la figura del administrador de hecho en nuestro Sistema Continental, cobra importancia en la medida que nos cuestionemos acerca del alcance de la figura, bien tratándose de un administrador de hecho en sentido amplio como en España, ora en sentido restringido como es en Inglaterra.

Y de regreso a nuestro ordenamiento, el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258/08, a diferencia de algunos otros sistemas continentales, suministra las herramientas necesarias para que el intérprete pueda determinar quién es un *de facto director*, ciñéndose a la simple expresión

... inmiscuirse en una actividad positiva de gestión...

Resultando indispensable para el operador jurídico entrar a definir los vocablos *dirección*, *administración* y *gestión*; partiendo de este punto, y concurriendo etimológicamente, colegimos que sobre la expresión *dirección* hallamos la acepción latina de *directio*, cuya significación la reducimos a un consejo, a una enseñanza y a unos preceptos con que se conduce u orienta un sujeto; mientras que la *administración*, igualmente proveniente del latín *administratio*, se entiende como los objetivos propuestos por un sujeto, transformados en una acción organizacional, planteando, organizando, direccionando y controlando los esfuerzos realizados en todas las áreas y niveles de la organización, con único fin, el de alcanzar los objetivos⁵⁸; para conseguir creer al finalizar que la *gestión* – *gestio*– es todo cuasicontrato que nace en el *cuidado de intereses ajenos sin mandato de su dueño*⁵⁹.

Una vez definido cómo aquel sujeto toma partido por los actos de *gestión*, *administración* o *dirección*, queda al arbitrio del juez su verificación, teniendo como guía las funciones asignadas por la ley a los administradores; adicionalmente, y frente a las disposiciones estatutarias, no podrá el juez restringirse solo a ellas, por cuanto gestionar más que un fenómeno jurídico es uno de naturaleza económica, por tanto aquel deberá entrar a

⁵⁷ GIRGADO PERANDONES. Ob. cit., p. 181, y SEALY y WORTHINGTON. Ob. cit., p. 283.

⁵⁸ CHIAVENATO. *Introducción a la teoría general de la administración*, 2.^a ed., McGraw-Hill, 1992, pp. 6 y 7.

⁵⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española www.rae.es/

analizar el impacto económico de los hechos que se le endilgan como gestor, director o administrador, para poder comprender que se trata o no del *de facto director*.

Otro aspecto para examinar es el alcance de la figura *a la sombra*, en vista que la redacción de la norma es amplia, convirtiéndose en imprecisa, por cuanto cabría la posibilidad de traer los temas desde la órbita de la notoriedad *de los facto director* o bien abordarla desde el punto de los apartados *shadow director*. En definitiva, en este estado cabe definir que para que se aplique la responsabilidad de los administradores es suficiente confirmar que directamente o a través terceros, entendidos estos como administradores, se ha intervenido en la gestión empresarial.

Por tanto, mal podría considerarse que un sujeto oculto, conocido como administrador indirecto y que no figura como un *de jure director* ni es considerado como un *de facto director*, no se halle sujeto a la responsabilidad de los administradores. Sobre estas consideraciones no resta menos que consultar las consideraciones de parte de la doctrina extranjera⁶⁰, que sobre el particular manifiestan:

... Considerar, como lo hacen algunos de nuestros autores prestigiosos, que el *administrador indirecto no está sujeto a la responsabilidad legalmente establecida para los administradores, supone permitir el fraude de ley*, contrariamente a lo que ordena el artículo 6.4 del C. C. En este sentido se pronuncia la SAP de La Coruña de 17 de enero de 2000 (AC 2000, 304), para la que *la elusión de la responsabilidad mediante el subterfugio de hacer figurar a un tercero como administrador, para en la realidad administrar la sociedad a su través, constituye un claro fraude de Ley...* (resaltado en cursiva por fuera de texto).

No existe razón alguna para que se dé un tratamiento preferencial, que dispense de responsabilidad a quienes actuaron como determinadores de la mala dirección de una persona jurídica; estaría fuera de discusión el supuesto en el que un sujeto asumiera la administración social de forma secreta, ocupando otra posición diferente a la de un administrador, la cual pretenda aducir para exonerarse de responsabilidad, dado que a este supuesto se aplicaría sin discusión el referenciado artículo 27, pues se trataría de una persona que logra *inmiscuirse en actos positivos de administración*.

⁶⁰ DÍAZ ECHAGARAY. Ob. cit., p. 185.

CONCLUSIONES

- La Ley 1258/08 significó un avance para el derecho societario nacional, flexibilizando el procedimiento de creación y toma de decisiones, así como el esquema de administración de tipo societario.
- Junto con la posibilidad de suprimir la figura del revisor fiscal y la junta directiva, la administración se convirtió en otra innovación de la ley, por cuanto se amplía el espectro mismo de la responsabilidad para quienes desempeñen funciones positivas de gestión de la sociedad, consagrándose la figura del *administrador de hecho*.
- La Ley no llegó a describir los aspectos sustantivos de la responsabilidad de los administradores, haciéndose apenas una remisión general al régimen contenido en la Ley 222/95, razón por la cual se debe considerar, respecto de todo administrador en la SAS, una responsabilidad única para todos los administradores sociales.
- Desde un punto de vista práctico y sin considerar que se trata de una discusión retórica, sino que por el contrario es necesaria en tanto que el dinamismo de los negocios así lo exige, máxime que ahora se consagra la figura del *administrador de hecho*, y al estar contenida en una ley especial, puede concluirse que no es predicable para otros tipos societarios.
- Es conveniente admitir una visión más generalizada o tripartita del concepto de administrador, bien a modo *de iure director* o como *de facto director*; no obstante estas dos percepciones, no podemos desconocer la figura y la responsabilidad palpable del *shadow director*.
- Consideramos que según del tenor literal de la norma de responsabilidad aunada al sentido práctico-económico de la figura del *de facto director*, la correcta interpretación nos llevará a admitir la extensión de la responsabilidad del administrador de hecho, no solamente en un sentido restringido sino en un sentido amplio en los términos ya referidos. De esta manera no se amparan situaciones de fraude a la ley y que no se establece un tratamiento diferenciado e injustificado para aquellos que de hecho administran por interpuesta persona.
- El citado párrafo no se refiere a la *notoriedad* como un presupuesto de extensión de la responsabilidad al administrador de hecho; este artículo se inspira en una concepción funcionalista, lo cual se evidencia cuando expresamente condiciona la extensión de la

responsabilidad a un sujeto, *administrador de hecho*, que se inmiscuye en una actividad positiva de gestión, administración o de dirección de la sociedad.

- Consideramos que hay cabida en nuestra legislación a la admisión de la figura del administrador de hecho en el sentido amplio, en tanto que aquel director que aquí denominamos *oculto* desarrolla igualmente actos de gestión, careciendo de la notoriedad.
- Somos conscientes de la intranquilidad que puede despertar esta interpretación y el temor que inspirará una disquisición como la de desdibujar el esquema de responsabilidad en la SAS; sin embargo, pesamos que esta es la interpretación más ajustada a derecho, en la medida en que siendo evidentes, para que no se presenten abusos en la aplicación de la figura, se requiere de un juez y de un intérprete que atienda a las particulares circunstancias de cada caso.
- En definitiva, mal haría el juez en extender la responsabilidad a quienes solamente gestionan sus intereses o vigilan el desarrollo de la actividad de administración, comportamiento propio de cualquier accionista o empresario diligente, ya que no se hallaría razón de ser al nuevo tipo societario, en la medida en que no cumpliría con la función básica de limitar la responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA DE LA TORRE, ALFREDO. *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima*, Madrid, Tecnos, 1997.

BELEN CAMPUZANO, ANA BELÉN. *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

COMPANIES ACT 2006. Chapter 9. Supplementary Provisions.

CONSEJO DE ESTADO

- Sección Tercera, C. P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, exp. 11499, 11 de noviembre de 1999.
- Sección Tercera, C. P.: GIRALDO GÓMEZ, exp. 13818, 11 de noviembre de 2002.

COURET, ALAIN y LE CANNU, PAUL. *Société par Action Simplifiée*. GLN Editions, Paris, 1994.

CUBILLOS GARZÓN, CAMILO ENRIQUE.

“Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica, en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 7, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

- “Directrices del régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades”, en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

DÍAZ ECHAGARAY, JOSÉ LUIS. *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2002.

GIRGADO PERANDONES, PABLO. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

GUERRA DE LA ESPRIELLA, ANTONIO (senador ponente). GAC.391-07 S., ponencia para primer debate en el Senado al Proyecto de Ley 39 de 2007.

HINESTROSA FORERO, FERNANDO.

- *La representación*. 1.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008
- “Devenir del Derecho de Daños”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latiana*, n.º 10, Mucchi Editore, 2000.

KEENAN, DENIS. *Company Law for Students*. 9a ed. Pitman Publishing, Londres, 1996.

LE TOURNEAU, PHILIPPE. *La Responsabilidad Civil*. Legis, Bogotá D.C. 2004.

MARTÍN ROJO, INMACULADA. *Dirección y gestión de empresas del sector turismo*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2000.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO y MARTÍNEZ TAMAYO, CATALINA. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 11 ed., Bogotá, Temis, 2003.

MENDOZA RAMÍREZ, ALVARO. *Antecedentes nacionales de la Ley 1258 de 2008. Estudios sobre la Sociedad por Acciones Simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

ORIO L LLEBOT, JOSÉ. “Deberes y responsabilidad de los administradores”, en *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

PAZ-ARES, CÁNDIDO. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de Gobierno Corporativo”. www.indret.com, *Working Paper* n.º 162, Barcelona, 2003.

PERDICES HUETOS, ANTONIO. “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7489)”, *Revista de Sociedades* n.º 18, 2002-1, Ed. Aranzadi, España.

PRENDES, PEDRO. *Los administradores, en la sociedad de responsabilidad limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO.

- *SAS La Sociedad por Acciones Simplificada*, 1.^a ed., Bogotá, Legis, 2009.

- *Responsabilidad de los administradores en la Sociedad por Acciones Simplificada. Estudios sobre la Sociedad por Acciones Simplificada*, 1.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.

RIPERT, GEORGES y ROBLOT, RENÉ. *Droit Commercial*, t. 1, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. "Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades". www.rodriquez-azuero.com.

SEALY, LEAN y WORTHINGTON, SARAH. *Cases and Material in Company Law*, Oxford University Press.

http://books.google.com.co/books?id=qGPHVHdRvOsC&pg=PA359&dq=DE+FACTO+DIRECTORS&lr=&as_brr=3&cd=5#v=onepage&q=&f=false

VINEY, GENEVIÉVE. *Tratado de Derecho Civil. I Introducción a la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.